

DELLA
POSSESSIO IN SOLIDUM

E DELLA
COMPOSSESSIO

IN
DIRITTO ROMANO

PEL
PROF. AVV. GIUSEPPE GUGINO



PALERMO
STAB. TIP. VIRZI

1879



PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

Legato **Anselmi**

OA. - b

386

*All' Illustrissimo Signor Professore Angelini
Donaggio dell'Autore*

DELLA
POSSESSIO IN SOLIDUM

E DELLA
COMPOSSESSIO

IN
DIRITTO ROMANO

PEL
PROF. AVV. GIUSEPPE GUGINO



PALERMO
STAB. TIP. VIRZI
—
1879



ALLA VENERATA MEMORIA
DEL
COMMENDATORE PIETRO CALÌ
GIÀ' PRESIDENTE DELLA GRAN CORTE CIVILE
DI PALERMO
PRESIDENTE ONORARIO
DELLA SUPREMA CORTE DI GIUSTIZIA
SENATORE DEL REGNO
MAGISTRATO INTEGRO E SAPIENTE
MORTO IL XXI GIUGNO MDCCCLXXIX IN PALERMO
NELL'ETA' DI LXXXII ANNI
QUESTO TRIBUTO
DI AFFETTO E DI GRATITUDINE
PROFONDAMENTE ADDOLORATO
DEDICA E CONSACRA

G. G.



I.

Plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Questo principio, che molti non possono nel tempo istesso possedere per intero la stessa cosa, è nel diritto romano una logica e necessaria conseguenza della teorica generale del possesso. Il possesso si compendia nel fatto del possedere (*factum possessionis, corpus, detentio.*) e nel volere, che s'incarna e si estrinseca nella detenzione, quale volere di avere per se e come propria la cosa, (*animus possidendi, rem sibi habendi, dominantis, domini.*)

Il fatto appartiene a colui che lo pone, non si divide ¹. Lo stesso fatto non può esser posto da più individui; ma deve dirsi per intero proprio di ciascheduno, e ciascheduno ne porta per intiero la responsabilità e le con-

¹ Quae facta in eo sunt ut quid fiat, omnia sunt hujusmodi ut divisionem non recipiant. Donello Comment. iur civ. tom. 5, cap. 6, n. 8. Vedi L. 71, D. de verb. signif. XLV, 1.

seguenze. Nel possesso, come fatto, più individui non possono, ciascuno per intero, possedere la stessa cosa. I Romani si riducevano a questo concetto movendo dalla semplice nozione concreta e materiale del possesso: *possessio a pedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui eo insistit* ¹. Onde Paolo, cui appartiene questa nozione, l'adduce a motivo escludente la *possessio plurium in solidum*: *contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco in quo ego sto, vel in quo ego sedeo tu sedere videaris* ².

Quale volere che mira e tende alla cosa per averla come propria, il possesso non può per intero appartenere a più persone. I romani qui traggono analogia ed argomento dal diritto di proprietà. La proprietà è il volere di dominare giuridicamente la cosa nella totalità e universalità dei suoi rapporti; il possesso è il volere di dominare di fatto la cosa nella totalità e universalità dei suoi rapporti; siccome il volere giuridico non può esser interamente voluto per se e interamente per altri, lo stesso avviene del volere di fatto; quindi, *duorum in solidum dominium vel possessionem esse non posse* ³.

Questo principio, desunto dalle leggi metafisiche dello spazio e del pensiero a più rincontri si trova enunciato nelle fonti ⁴; eppure tra i giureconsulti, e nelle due grandi scuole del diritto, cioè, dei proculeiani e dei sabiniani, fortemente si disputa intorno allo stesso. Sarebbe erroneo il credere che la disputa si fosse sollevata sulla natura del principio, e che avessero i proculeiani sostenuto essere impossibile potersi da più individui possedere, da

¹ L. 1 pr. D. de acq. vel amit. poss. XLI, 2.

² L. 3, § 5, D. cit.

³ L. 5, § 15, D. commod. vel contra, XIII, 6.

⁴ L. 19, § 3, D. de costrensi peculio XLIX, 17; L. 141, D. de div. reg. iur. L. 17.

ciascuno nel tutto, la stessa cosa; i sabiniani all'invece avessero difeso la solidità del dominio e del possesso in più persone. Con ciò si recherebbe onta alla sottile e gagliarda intelligenza dei giureconsulti che militarono in questa scuola.

Le due scuole furono concordi nella massima: è impossibile che più persone posseggano contemporaneamente per intero la stessa cosa. Ma poteva questa massima soffrire talora delle eccezioni? Qui appunto fu che s'impegnò la disputa. Sabino ebbe a rinvenire un'eccezione nel *praecario dans et accipiens*: *Sabinus autem scribit, eum qui praecario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui praecario acceperit*. Trebazio approva l'opinione di Sabino e la modifica comprendendovi un maggior numero di casi, che non sia il semplice possesso a titolo precario: *Trebatius probat, existimans posse alium iuste, alium iniuste possidere* ¹.

Bisogna però ritenere che anche nel campo delle eccezioni esisteva un accordo tra le due scuole, viene a dire, che non si contendeva delle solidità, o meno, del possesso nella concorrenza di ugual titolo: per due cause ugualmente giuste, o ingiuste, non poteva darsi solidità di possesso, del pari che non potevasi da due persone possedere la stessa cosa a titolo precario; onde Trebazio, presso Paolo, soggiunge: *duos iniuste, vel duos iuste non posse*. E con più larga e più generale espressione Giuliano scriveva: *duo in solidum praecario habere non magis possunt, quam duo in solidum vi possidere aut clam; nam neque iustae, neque iniustae possessiones duae concurrere possunt* ².

Tutta la divergenza adunque delle due scuole consisteva in ciò, che l'una ammetteva il possesso solidale per la concorrenza di cause diverse, l'altra negava ap-

¹ L. 3, § 5, D. de acq. vel amit. poss. XLI. 2.

² L. 19, D. de praecario, XLIII, 26.

punto questo, negazione desunta dal vero concetto del possesso romano e dal fondamento della sua difesa: *in summa possessionis non multum interest iuste quis an iniuste possideat*. Ciò sta bene nei rapporti del possessore con qualsiasi terzo non possessore, con costoro non ha vera importanza il sapere se si sia giustamente, o no, in possesso: *possessor, hoc ipso quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet*. Ma nei rapporti tra colui che possiede per causa giusta e l'ingiusto possessore la faccenda è diversa. Qui si finge che il possessore con giusto titolo continui a possedere, onde nella difesa interdictale egli supera il suo avversario. Dall'altra parte possiede realmente il possessore ingiusto, onde nel rapporto coi terzi costui deve essere difeso, perchè possessore.

Ed è questo rapporto tra giusto ed ingiusto possessore che ebbe di mira Ulpiano nel seguente frammento:

Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum; quod qualiter procedat, tractemus. Si quis proponeret possessionem iustam et iniustam; ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neutrum nostrum vincetur, nam et tu possides, et ego ¹.

Cuiacio il primo ² e poscia il Savigny ³ opinarono che qui Ulpiano nient'altro faccia, che esporre l'opinione di Trebazio, senza però approvarla e accettarla, anzi implicitamente respingendola. Tuttavia riuscirebbe impossibile il dimostrare che quel frammento non esponga il concetto proprio di Ulpiano. L'opinione del Cuiacio e del Savigny non è che un semplice loro supposto, senza fondamento obbiettivo. Nè fa ostacolo che altrove Ulpiano abbia dal giureconsulto Celso riferita la regola

¹ L. 3 pr. D. uti possidetis, XLIII, 17.

² Comment. in Lib. LIV Pauli ad edict. ad L. 3, § *ex contrario*, de acq. vel amit. poss. 41, 2.

³ Trattato del possesso § 11.

che: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*. Da poichè, la regola sta di fronte all' eccezione e alla finzione, che deve, secondo Ulpiano, avere la sua pratica importanza.

Giusta lo Accarias, Ulpiano col riferito frammento si propone di mettere in rilievo le conseguenze assurde e impraticabili alle quali condurrebbe una simile dottrina del possesso in solido a profitto di due persone insieme; egli fa rimarcare che ammettendosi due possessori in solido, e ciascuno dei due avendo un possesso esente da vizî riguardo all'altro, non si saprebbe chi far trionfare coll'*interdictum uti possidetis*. La vittoria deve appartenere a colui che invoca un possesso attuale non vizioso di fronte al suo avversario; se dunque le due parti possono adempiere a questa condizione il giudice si troverebbe in un bivio ¹.

Dall'intero contesto del frammento non risulta che diversa sia l'opinione del giureconsulto, o che egli faccia un' argomentazione *per absurdum*, onde meglio avvalidare la massima: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*. Ulpiano ammette la possibilità del possesso solidale: *si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum*; egli ha presente agli occhi il fatto, la specie di questo possesso, e si propone di risolverlo. Che cosa deve dirsi se due persone possiedono in solido la stessa cosa?

È dunque possibile per Ulpiano che due individui posseggano solidalmente; se così non fosse egli non proporrebbe la specie, nè indicherebbe le norme giuridiche per risolverla.

È strano che il giureconsulto si sia posto a risolvere una controversia nella quale sarebbe di contrario opinare; che questo giudizio contrario debba desumersi in senso inverso del diritto significato delle parole, fino al

¹ *Precis de Droit Romain* tom. prem. second. edit. § 213, n. 1.

punto da fingere un' argomentazione per assurdo. Secondo il naturale andamento del discorso, Ulpiano, al *si quis proponeret*, avrebbe dovuto rispondere nella guisa stessa di Paolo, negando il possesso solidale e simultaneo di molti sulla stessa cosa. Di tutto ciò nulla; all'invece egli applica alla specie giuridiche distinzioni, e mezzi protettori.

Ulpiano, al pari che Sabino e Trebazio, ammette la *possessio plurium in solidum* per concorrenza di causa giusta ed ingiusta; ed è questa l'opinione di Giuliano, che facilmente lascia raccogliersi dal frammento sopra riferito, e col quale elimina il possesso solidale solo nella concorrenza di due cause ugualmente giuste, o ugualmente ingiuste: *duo in solidum praecario habere non possunt; nam neque iustae, neque iniustae possessiones duae concurrere possunt*; dunque, se concorrono una causa giusta e una causa ingiusta riesce possibile che due persone posseggano solidalmente la stessa cosa.

Questa possibilità si lascia spiegare riguardandola nel rapporto dei due possessori solidali, giusto ed ingiusto. Ed è questo il concetto di Ulpiano. I giureconsulti tengono d'occhio il lato puramente formale, da questo lato, e dal punto di vista della difesa possessoria, loro riesce possibile la *possessio in solidum*: da questo lato il *deiectus* non è ritenuto in modo assoluto come non possessore, nè come possessore in modo assoluto il *deiciens*.

L' *interdictum uti possidetis* si concede al possessore, il quale non è stato discacciato, ma turbato nel possesso ¹. Però se il possessore è violentemente o clandestinamente spogliato in questo caso deve far valere l' *interdictum unde vi*; *illud enim restituit vi amissam possessionem*. Ricorrendosi

¹ Est igitur hoc interdictum, quod vulgo uti possidetis appellatur, retinendae possessionis; nam hujus rei causa redditur, ne vis fiat ei qui possidet. L. 1, § 4, D. uti possid. XLIII, 17.

all'*interdictum unde vi* si ritiene già di fatto spogliato il giusto possessore, e in possesso l'usurpatore; l'uno non possiede, l'altro possiede. Però il *deiectus*, a vece che all'*interdictum unde vi*, può ricorrere all'*uti possidetis*, facendosi forte in ciò, che s'egli di fatto ha perduto il possesso, deve *sensu iuris*, rispetto al convenuto, riguardarsi come possessore. L'interdetto allora si converte in difesa per la consecuzione del possesso perduto; giuridicamente è trattato come un'azione per la ricupera del possesso, che rispetto all'ingiusto possessore si finge essere sempre continuato nel *deiectus*. Così di fronte al *deiciens*, il *deiectus* si ritiene non aver mai perduto il possesso; quegli giuridicamente non possiede :

Ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam, si a me possides, superior sum interdicto (uti possidetis).

Sotto questo rapporto il deietto continua a possedere, quantunque di fatto non possegga; lo spoliatore rispetto a lui non possiede, onde il suo fatto si riduce ad una semplice turbativa. Però questi, rispetto ai terzi, è ritenuto come vero possessore, ha diritto alla difesa interdittale, per la semplice ragione che il *possessor, hoc ipso quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet*. Ed ecco il concorso di due possessi simultaneamente solidali, non in senso assoluto, ma in senso relativo; il possesso del *deiectus* relativamente al *deiciens*, allorquando quegli vuol fare esperimento dell'*interdictum uti possidetis* nei suoi effetti recuperatorii; e il possesso del *deiciens* di fronte a qualsiasi terzo non possessore. Quindi sotto un aspetto puramente formale possiede, *sensu iuris, pro solido* colui che è stato violentemente od occultamente spogliato; realmente ed effettivamente possiede per intero il deiciente, e come possessore rispetto ai terzi ha la stessa difesa interdittale dell'*uti possidetis* e dell'*unde vi*.

Del pari, il convenuto all' *interdictum uti possidetis* può opporre l'*exceptio vitii*, e provare che l'altro *vi, clam et praecario* abbia da lui conseguito il possesso. In questo caso

di fronte all'avversario egli vale come possessore, e la *iniusta possessio* avuta dell'attore può riguardarsi come una continua turbativa di possesso; giuridicamente, di rincontro all'opponente l'*exceptio vitii*, egli non ha mai posseduto, quantunque di fronte a qualsiasi terzo egli sia stato l'effettivo possessore: *si a me possides superior sum interdicto*.

Il quale concorso dei due possessi, riguardato così sotto tal lato formale e relativo, è reso possibile dalla natura doppia dell'interdetto *uti possidetis*, per la quale ambo le parti sono attori e convenuti insieme, solo la prevenzione assegnando a ciascuno il posto di attore e di convenuto nel giudizio ¹.

Che il *deiectus* possa intentare l'interdetto *uti possidetis*, in cambio dell'*unde vi*, e quindi debba intendersi come continuato in lui il possesso, e come una continua turbativa lo spoglio, sta nella natura stessa dell'interdetto e nell'autorità della giurisprudenza.

L'*interdictum uti possidetis*, al pari che l'*actio sacramenti* nel sistema rigoroso della legge, dovette essere l'unica e generale difesa a principio accordata dal magistrato per la tutela dei semplici rapporti di fatto tra l'uomo e la cosa. Quindi l'interdetto, oltre agli effetti proibitori per far cessare le molestie e le turbative, dovette eziandio produrre effetti recuperatori, in tutti i casi in cui il possesso fosse stato sottratto *vi*, *clam* et *praecario*. La formola dell'*interdictum uti possidetis* sembra anzi contemplare direttamente il caso della sottrazione del possesso insieme a quello della semplice turbativa per manutenzione del medesimo.

Uti nunc possidetis cum fundum quo de agitur, quod nec vi, nec clam, nec praecario alter ab altero possidetis, ita possideatis. Adversus ea vim fieri veto.

¹ Hoc interdictum duplex est, et hi quibus competit et actores et rei sunt. L. 3, § 1, D. uti possid. XLIII, 17.

Se principal condizione si era che *alter ab altero* doveva possedere *nec vi, nec clam, nec praecario*, l'attore, che *vi, clam, et praecario* trovavasi spogliato del fondo, doveva di fronte al convenuto ritenersi come possessore, mancando la condizione dell'interdetto; e quindi doveva questo produrre effetti recuperatori, appunto perchè l'*alter ab altero vi, clam, et praecario possidet*.

Ulpiano nel frammento in controversia non fa che rigorosamente applicare le conseguenze dell'interdetto nella sua duplice natura, e in rapporto a questo sostiene la *possessio in solidum*. Ma questo concetto della priorità dell'interdetto a colui che *nec vi, nec clam, nec praecario possidet*, e quindi della sua efficacia recuperatoria, si trova con assai chiarezza espresso da Gaio :

Et si quidem de fundo, vel de aedibus interdictitur, eum potius esse praetor iubet, qui eo tempore quo interdictum redditur nec vi, nec clam, nec praecario ab adversario possideat ¹.

E Paolo : *In priore quidem (interdicto uti possidetis), is potior est, qui redditus interdicti tempore, nec vi, nec clam, nec praecario ab adversario possideat* ².

Ma se l'interdetto si emette a vantaggio di chi è stato occultamente o clandestinamente spogliato, o a vantaggio di chi ad altri ha ceduto a titolo precario il suo possesso, per la natura doppia dello stesso, ne consegue che può il *deictus*, facendola da attore, ricorrere a questo mezzo di difesa, a vece dell'*unde vi*; essendo punto di movimento dell'interdetto, che il possesso non si perde quando occorran i *vitia possessionis* nei rapporti del deiciente e del deietto:

Perpetuo autem hoc interdicto insunt haec, quod nec vi, nec clam, nec praecario ab illo possidetis — Quod ait prae-

¹ IV, 150.

² Sentent. V. 6, § 1.

tor in interdicto: nec vi, nec clam, nec praecario alter ab altero possidetis, hoc eo pertinet, ut, si quis possidet vi, aut clam, aut praecario, si quidem ab alio, prosit ei possessio; si vero ab adversario suo, non debeat cum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere; has enim possessiones non debere proficere palam est ¹.

E come non possa siffatto possesso essere proficuo ce lo spiega Ulpiano colla sua *possessio plurium in solidum*, in quanto il *deiectus*, di rincontro al *deiciens*, si riguarda come possessore, e costui come un semplice turbatore; quantunque nel rapporto coi terzi valga come vero ed effettivo possessore. Quì il concetto di Ulpiano è scolpito: quando si possiede *alter ab altero*, ma viziosamente, il possesso non giova; dunque come possessore si considera lo spoliato; dunque costui può contro il possessore ingiusto ricorrere all' *interdictum uti possidetis, et superior esse interdicto*.

Ed è a porre mente come quest' ultimo paragrafo della legge prima *uti possideatis* immediatamente si colleghi per continuità di dettato e di concetto colla legge terza dello stesso titolo, nella quale Ulpiano propone e scioglie il quesito della *possessio in solidum* nella concorrenza di due possessi, l' uno giusto, l' altro ingiusto: se io posseggo giustamente, tu però possiedi *vi, clam, et praecario*, *si a me possides superior sum interdicto*. Perchè? perchè giuridicamente non posso riguardarmi come spoliato e spossessato della cosa; io possiedo di fronte al mio avversario, costui effettivamente possiede di fronte ai terzi: *iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit in hoc interdicto nihil refert* ²; donde il principio che *adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet* ³. Vi ha dunque un

¹ L. 1, §§ 5, 9, D. uti possid. XLIII, 17.

² L. 2, D. cit.

³ L. 53, D. de acquir. vel amit. poss. XLI, 2.

possesso che contemporaneamente è proficuo in relazione agli estranei, improficuo in relazione al deietto; quindi l'uno e l'altro, ma sotto rapporti diversi, posseggono, e in questo senso si asserisce la *possessio in solidum*.

Una conseguenza rilevante, dell'essere il *deiectus* riguardato come in continuazione di possesso, si era ch'egli impunemente poteva cacciare il suo avversario, senza che avesse costui alcuna difesa possessoria:

Qui vi, aut clam, aut praecario possidet, ab adversario impune deicitur ¹.

L'ingiusto possessore non vien tutelato coll'*interdictum uti possidetis*, e *unde vi*, contro colui dal quale ingiustamente possiede; quantunque venga difeso contro i terzi. L'antico *iustus possessor* di rincontro al nuovo *iniustus possessor* è considerato come possessore senza vizi, e quindi difeso. Però in rapporto ai terzi il nuovo *iniustus possessor* vale come solo ed esclusivo possessore.

Con ciò abbiamo nell'*interdictum uti possidetis* riconosciuta una forza recuperatoria, negata dal Savigny, in termini generici ammessa dal Wangerow e dal Bruns.

Il concetto della *possessio in solidum* nacque relativamente al *praecarium* e trovò qui un appoggio maggiore. Sabino aveva detto: *eum qui praecario dedit et ipsum possidere, et eum qui praecario acceperit*. Pomponio accenna alla contesa tra i giuristi, e afferma il possesso solidale:

Eum, qui praecario rogavit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque possideat qui rogatus sit, dubitatum est? Placet autem, penes utrumque esse eum hominem qui praecario datus est, penes eum qui rogasset, quia possiderat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione ².

Anche in questo caso la *possessio in solidum* è relativa.

¹ Paul. sentent. V, 6, § 7.

² L. 15, § 4, D. de praecario XLIII, 26.

Tra i giuristi non è controverso che il *praecarium* abbia nel precista trasferito il possesso. A noi qui non importa indagare quale sia l'origine storica del precario; pigliandolo qual' esso trovasi nella compilazione giustiniana, è certo che il precista ha un possesso derivato, come lo ha il creditore pignoratizio¹; il *praecario dans* trasmette il possesso nel *praecario accipiens*, quindi il possesso di costui è un giusto possesso: *praecaria vero (possessio), iusta quidem*. Ma siccome nessuna azione havvi che possa costringere il *praecario dans* a dare la cosa, così nessuna obbligazione ha il precista a restituirla; donde la necessità di crearsi l'*interdictum de praecario*².

Il precista contro qualsiasi terzo fa valere l'*interdictum uti possidetis*, all'infuori che contro il *praecario dans*; di fronte a costui egli è come un possessore vizioso. Da principio e specialmente prima che fosse stato introdotto l'interdetto speciale, il concedente in precario dovette ricorrere all'interdetto generale *uti possidetis*, impiegato nella sua forza recuperatoria. Sicchè in ordine alla difesa interdittale il precista era ritenuto possessore contro i terzi non possessori³, ma di fronte al *praecario dans*, cui rifiutavasi di restituire la cosa, egli giuridicamente non era possessore; quindi questi *superior erat interdicto*, per guisa che fingevasi non aver egli mai cessato di possedere.

Ed è sotto questo aspetto della difesa interdittale, al pari che pel *iustus et iniustus possessor*, che i giureconsulti parlano di possesso in solido, in quanto che *si alter ab altero praecario possedet*, non giova al precista il possesso vizioso, val quanto dire, che si finge essere sempre conti-

¹ Bruns, die Besitzklagen pag. 180.

² *Interdictum de praecariis merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset; magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat praecarii conditio.* L. 14, D. cit.

³ Qui *praecario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes, praeter eum qui rogavit, uti potest.* L. 17, D. de praecario cit.

nuato nel possesso il *praecario dans*; all'invece il precista è reale ed effettivo possessore *adversus omnes*, che non posseggono.

Però la *possessio in solidum* nel precario non solo è relativa alla difesa interdittale, ma anche all'usucapione: chi concede il precario possiede quanto all'usucapione, chi riceve il precario possiede quanto alla difesa interdittale.

Non è stato messo in dubbio dagli scrittori che il *praecario dans* possieda *ad usucapionem*, e che debbano intuitivamente a questo rapporto interpretarsi le parole: *non discessisse animo possessione*. Tuttavia il Savigny¹ pretende rinvenire una contraddizione tra l'insegnamento comune attinto alle fonti, e il seguente frammento di Ulpiano relativo all'*accessio temporis*:

*Si is qui praecario concessit accessione velit uti, an possit quaeritur. Ego puto cum qui praecario concessit, quamdiu manet praecarium accessione uti non posse; si tamen acceperit possessionem, dicendum esse accedere possessionem eius temporis quo praecario possidebatur*².

Ritiene il Savigny che l'*accessio temporis* in questo frammento si riporti all'usucapione. Che se quindi dopo cessato il precario, e tornata la cosa all'antico possessore, questi fa suo il tempo decorso durante il precario, ne risulta che non ha alcun significato il possesso nel concedente il precario allo scopo dell'usucapione, e che solo il precista possiede *ad interdicta* e *ad usucapionem*, e in quest'ultimo caso, a detta del Keller³, come rappresentante del concedente. Così vi sarebbe un'anomalia ed un arbitrio inesplicabile nell'istituto del precario.

Però ove si ponga mente all'intera *L. 13 de acquirenda*

¹ § 11, lettera D.

² L. 13, § 7, D. de acq. vel amit. poss. XLI, 2.

³ Pandekten § 116, n. 4.

la proposizione di Paolo: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*. Dacchè potè cominciarsi a possedere alieno corpore, egli scrive, non è necessario che due possessori stiano sullo stesso luogo, afferrino la stessa cosa; essi possono proporre lo stesso rappresentante, e, ove nulla si opponga, essi possiedono *in solidum*, o meglio, la loro *possessio in solidum* non è esclusa dalla motivazione di Paolo. Quindi egli sostiene la possibilità del possesso generale e comune.

Ma il rappresentante deve per intero voler possedere nell'interesse dei due possessori in guisa che debbe nello interesse di ciascuno possedere l'intera cosa? Allora se il rappresenta vuole il tutto per uno dei due possessori non può nel tempo stesso volere questo tutto nell'interesse dell'altro, i due voleri si collidono e si escludono. E siccome è impossibile che taluno voglia simultaneamente possedere tutta la cosa per se, e tutta per altri, così è impossibile che due possessori coll'intermedio del rappresentante posseggano il tutto ciascuno per se e nel proprio interesse.

II.

Se impossibile riesce il possesso simultaneo solidale di più persone sulla stessa cosa, non lo è del pari il compossesso di più persone *pro partibus* tanto *pro diviso*, che *pro indiviso*. Invano diversi scrittori procurano negare questo possesso, quando parecchi frammenti occorrono nelle fonti che direttamente si riferiscono a questo fatto di possesso appartenente a più persone sulla stessa cosa. Le fonti parlano della *possessio plurium pro partibus*; ma qual'è la natura, il contenuto di questo possesso, quali rapporti e mezzi di difesa genera tra i compossessori fra loro, e tra compossessori ed estranei?

Gli scrittori non sono d'accordo nel determinare l'indole e la natura del compossesso.

Se il Savigny di fatto ammise la *compossessio*, ne distrusse la natura col modo di concepirla. Allorquando egli scrive, più persone possiedono una cosa in comune, di guisa che il loro possesso reciprocamente si limita, la stessa cosa non forma che in apparenza l'oggetto del loro possesso; perchè ciascuno di loro possiede esclusivamente una *parte della cosa, senza possedere le altre parti*; poco importa in diritto che queste parti non siano separate realmente, ma solo in idea. Ciascuno possiede dunque una cosa per se solo, e tra loro presso a poco si trovano negli stessi rapporti che i possessori di due case contigue ¹. Di questa maniera si taglia violentemente non si scioglie a rigor di logica giuridica il problema.

Il possessore di una casa non ha alcuno rapporto di fatto o di diritto sulla casa del vicino, ne la sua signoria si estende fino al punto da limitare la signoria del vicino sulla propria casa: sono due proprietà e due possessi distinti. Ma come regge il concetto e l'analogia delle due case contigue nel possesso del servo comune; nel possesso dei mobili in generale; nel possesso dei diritti, nei quali possessi tutti non è ammessa la distinzione di possesso *pro partibus pro diviso et pro indiviso*, ma solo dalle fonti s' insegna il possesso *pro indiviso*?

Dal suo concetto il Savigny fu indotto ad asserire che nelle fonti del diritto romano non solo non occorre la parola *compossessio*; ma neppure l'idea ch'essa rappresenta, perchè i giureconsulti si limitarono a determinare fino a qual punto ciascuno può possedere per se una parte ideale di una cosa, e nient' altro. Però neppure la parola *condominium* si trova nelle fonti; diremo per questo che manchi il concetto e l'idea che vi corrisponde? E l'idea stessa del Savigny, e ch'egli ritiene essere quella

¹ § 11. Di questa opinione è il Molitor: la possession, tit. des personnes capables de posséder n. 25.

dei giureconsulti, non sarebbe l'idea corrispondente alla parola *compossessio*?

Nella *compossessio* non havvi il semplice rapporto dei proprietari di due fondi vicini; il compossessore ha un rapporto di volere sulla cosa che separatamente si detiene dall'altro socio, in quanto che sopra ogni singolo atomo, e sopra ogni singola molecola della cosa si riproduce il rapporto della parte ideale, e quindi della *compossessio*.

Non si possono nel concetto della *compossessio* ammettere fattori diversi di quelli che concorrono a costituire il concetto del possesso. La pluralità delle persone, che con unico rapporto tendono alla stessa cosa, non ne modifica gli elementi. Se il possesso risulta dalla detenzione e dall'animo di avere per se la cosa, l'una e l'altro devono concorrere nel compossesso.

Innanzitutto, siccome il possesso si concepisce quale un semplice rapporto di fatto sulla cosa, tale eziandio esser deve il compossesso: *nihil commune habet proprietas cum possessione*—*Separata esse debet proprietas a possessione*—*Iusta an iniusta possessio sit nihil refert*¹. Il possesso non è la proprietà, nè ha relazione alcuna colla proprietà, ma è un semplice rapporto universale e di fatto del volere colla cosa voluta, e come tale difeso dalla turbativa, dalle sottrazioni e usurpazioni totali e parziali, clandestine, o violente. Il possesso non è difeso perchè forza o sentinella avanzata della proprietà; o perchè presupposto e cominciamento della stessa; o perchè fa presumere la difesa del proprietario; o dal punto di vista del delitto, la violazione importando offesa alla personalità, al volere, all'ordine generale del diritto; la difesa del possesso trova la sua ragione nel possesso stesso

¹ L. 12, § 1, D. de acquir. vel amit. poss. XLI, 2; L. 1, § 2, D. uti possid. XLIII, 17.— Vedi L. 52, D. de acq. vel. amit. poss. cit.

come tale: il possessore, con questa qualità, e sol perchè possiede, ha maggior diritto di colui che non possiede.

Nel concetto dunque della *compossessio* conviene eliminare qualsiasi rapporto giuridico tra i compossessori e la cosa, e tra i compossessori fra loro. Questi vengono tutelati e difesi contro le molestie e le usurpazioni per la ragione del loro possesso, e nei reciproci rapporti fra loro la tutela e la difesa non può discendere che della ragione stessa.

Il volere regolare i rapporti della *compossessio* con quelli della comproprietà, e quindi trovare in questa l'unica ragione della possibilità di quello, è lo stesso che volere snaturare tutta la dottrina possessoria romana e confondere ciò che con tanto acume d'intelletto i giureconsulti sempre distinsero. Dal perchè il compossesso non è, nè si commisura colla comproprietà, i giureconsulti negano ai compossessori di mala fede l'*actio communi dividundo*, che tende al duplice scopo della divisione e del regolamento delle controversie fra i socii durante la comunione.

Inter praedones autem hoc iudicium (communi dividundo) locum non habet, nec si praecario possideant locum habebit, nec si clam; quia iniusta est possessio ista; praecaria vero iusta quidem, sed quae non pergat ad iudicii vigorem ¹.

Il che negasi eziandio allorquando dei compossessori l'uno sia di buona l'altro di mala fede. Ma a vece che coll'*actio communi dividendo* le differenze tra i compossessori vengono regolate cogl'interdetti, unico rimedio per un semplice rapporto di fatto.

Riescono, secondo ciò, erronee le teoriche che riguardano la *compossessio* come un rapporto di diritto, e la ri-

¹ L. 7, § 4, D. communi divid. X, 3.

pongono nell'esercizio di un diritto; e molto più poi quelle, che sostengono essere un diritto il possesso, solo da questo concetto derivando la possibilità della *compossession* ¹.

È strana abbastanza la pretesa di trovare nel compossesso la prova dell'essere il possesso un diritto, e di derivare la possibilità di quello, dalla natura giuridica di questo. Il compossesso mai addimosterà essere il possesso un diritto, appunto perchè gl'identici fattori concorrono nell'uno e nell'altro. Base fondamentale per determinare l'indole del compossesso esser deve la signoria di fatto del volere sulla cosa, quella signoria stessa che si addomanda nella definizione del possesso.

La parola *compossession* richiama il concetto di una cosa sulla quale molti dirigono il loro volere, e ne godono, e della quale tutti possiedono una parte; di maniera che il volere di ciascuno sia diretto sul tutto, e l'armonia dei voleri determini la parte ideale. L'un volere non esclude l'altro sulla cosa, ma reciprocamente si contemperano e si limitano. Essendo il volere di ciascuno diretto sul tutto, ne siegue che nel compossesso *pro diviso*, e durante questo stato, ognuno sulla quota separatamente posseduta riconosce la signoria degli altri, vale a dire, che sopra ogni più piccola molecola della cosa che da ciascuno divisamente si possiede coesiste la signoria di fatto di tutti i compossessori, e ognuno in proporzione della propria quota ideale. La quota ideale del compossesso si determina, non già da una parte speciale del fondo, o della cosa cui possa il volere dirigersi, il volere è sul tutto; ma su questo tutto si vuole di ogni molecola una parte, una quota in concorso con altri.

Donde l'intellettualità della parte, non si potendo, se

¹ Büff, Archiv. f. Practk. R. W. pag. 115; Lenz, Recht des Besizes, pag. 94 seg.

non idealmente dividere, frazionare una molecola fra più persone. La divisione reale per necessità di cose limita nel concorso il volere ad una determinata porzione del tutto; ma da questo momento il compossesso cessa nel suo concetto e nei suoi effetti, e comincia il possesso di fondi e di cose separate, o del valore della cosa comune quando per natura questa riesce indivisibile.

Nel compossesso adunque ciascuno dei compossessori vuole il tutto; ma in conseguenza del concorso di più persone, e della reciproca limitazione dei voleri, questi si determinano per una parte ideale sopra ogni singola frazione del tutto; non diversamente che nel campo delle libertà coesistenti, in cui la libertà dell'uno serve di freno e di limite all'altro, di guisa che per la reciproca limitazione della libertà nessuno ha la libertà assoluta, e tutti sono ugualmente liberi: nessuno ha il possesso del tutto, ma tutti compossiedono ugualmente il tutto. Nell'armonia dei voleri sta la ragione del compossesso: la disarmonia produce la turbativa, lo spoglio, l'esclusione di tutti a vantaggio di uno o più compossessori.

La maggiore o minore estensione del volere determinato a possedere di fronte e nel concorso cogli altri una quota maggiore o minore costituisce le disuguaglianze delle quote.

La quota del compossesso non è una determinata parte del fondo e della cosa per guisa che debba ciascuno dei compossessori voler possedere un angolo o una striscia del fondo, e in un determinato luogo; il volere della signoria di fatto abbraccia nell'intera cosa composseduta, e in ogni minima frazione della stessa, la quota che vuol possedere, così che questa si rappresenta nell'intero e in ogni singola parte. Ciò riesce evidente nel compossesso di una cosa mobile, di cui non può dirsi che il volere del compossessore sia diretto sopra una determinata parte della stessa, sibbene sul tutto, di cui ciascuno in ogni singola parte rappresenta una quota:

Communis servus, etiamsi ab uno ex dominis omnium nomine possideatur, ab annibus possideri intelligitur ¹.

Nè diversamente può essere per tutte le altre cose, per gl' immobili, e pei fondi; ancorchè divisamente si posseggano dai compossessori. Così è di grave importanza nelle fonti la specie in cui l'eredità che a due individui si appartiene, di fatto si possegga da un coerede e da un estraneo, per guisa però che il coerede possegga tanto, quanto gli toccherebbe nella divisione: *non plus haberet sua parte*. Contro chi deve l'altro coerede esercitare l'azione di rivendica? o meglio, contro chi deve il comproprietario non possessore, recuperare il suo possesso? Per rigorosa ragione giuridica la rivendica si esercita contro il coerede e contro il suo compossessore, e altra base non può prestarsi a questa giuridica soluzione se non che questa, cioè, che ciascuno dei compossessori, avendo una signoria di fatto sulla porzione posseduta dall'altro compossessore, appunto perchè nel possesso la quota si determina e vive in ogni frazione della cosa, così il coerede rivendicante, deve rigorosamente esperire la sua azione tanto contro il suo coerede, quanto contro il di costui compossessore, quantunque il coerede non possegga più nella sua quota.

Questa ragione giuridica piega di fronte all'utilità, giusta l'opinione di Pegaso; onde per motivo di utilità la rivendica si consente contro il compossessore del coerede. Però nel definire i concetti giuridici, non dall'utilità, ma dall'essenza stessa della cosa bisogna cavare la definizione:

Si ego ex parte me dicam heredem, coheres autem meus possideat hereditatem cum extraneo, cum non plus coheres haberet sua parte, utrum a solo extraneo, an vero et a coerede deberem potere hereditatem quaeritur? Et Pegasus fertur existimasse a solo extraneo me potere de-

¹ L. 24 pr. D. de acquir. vel amit. poss. XLI, 2.

bere, eumque restitutum quidquid possidet; et fortassis hoc officio iudicis debeat fieri. Ceterum ratio facit, ut a duobus petam hereditatem, hoc est, et a coherede meo; et ille quoque dirigat actionem adversus exterum possessorem. Sed Pegasi sententia utilior est ¹.

Nè di meno grave importanza per determinare il concetto della *compossessio* è il seguente frammento di Paolo, che riferisce la dottrina di Pomponio.

Pomponius, lib. XXXVI, probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum commune tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes potere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum; nam tunc sine dubio et a te. et a Titio partes fundi petere me debere. Quoties enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse; et ideo te quoque a Titio quadrantem potere debere. Quae distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet; nunquam enim pro diviso possideri potest ².

Distingue il giureconsulto il possesso *pro partibus* tanto *pro diviso* che *pro indiviso*; in quest'ultimo il comproprietario, per semplice ragione di utilità, adottata da Pegaso e da Pomponio, esercita la sua rivendica contro il solo compossessore del suo condomino: lo dovrebbe per istretta ragione contro ambedue, perchè nella quota ideale di ambedue rientra una parte del suo diritto. Nel possesso *pro diviso*: *quoties certa loca possidebuntur*, la rivendica si esercita contro ambedue, cioè, condomino e di costui compossessore, per la ragione che il rivendicante trova nella parte di ciascuno *aliqua sua pars*; ma *aliqua sua pars* deve rinvenire il compossessore nella parte posseduta dall'altro.

¹ L. 1, § 3, D. si pars heredit. petat. V, 4.

² L. 8, D. de rei vindicat. VI, 1.

Il fondo posseduto *pro diviso* dai compossessori non cessa di essere unico fondo; l'essere occupato in una regione dall'uno e in un'altra regione dall'altro dei compossessori, non importa che ciascuno sia esclusivo possessore di quella regione; in questo caso non si ha il *fundus*, ma il *certus locus* (*quotiens certa loca possidebuntur*). E ben si conosce che il *locus certus non est fundus sed portio aliqua fundi, fundus autem integrum aliquod est* ¹.

Allorquando adunque si possiede *pro diviso* un fondo, dei compossessori l'uno non è dall'altro indipendente; è il godimento ch'è diviso, non il compossesso stesso come fatto di due voleri, che continuano ad esercitare la loro signoria sulla medesima cosa e a reciprocamente limitarsi. Se la parte del tutto, oggetto del compossesso, vuolsi *pro diviso* possedere come tutto, cessa allora il concetto di parte, cessa il concetto di compossesso; ma la parte costituisce un tutto in potere di unico possessore ².

Per il concetto della *compossessio* è indifferente che la cosa si possegga *pro diviso* o *pro indiviso*; questa distinzione se torna utile per determinare i rapporti dei rivendicanti coi compossessori, non serve per determinare l'indole del compossesso stesso. La divisione provvisoria e temporanea può riferirsi alle utilità e ai vantaggi della cosa composseduta, ma non al compossesso in se; la divisione deffinitiva fa cessare il compossesso.

Dunque, il suo concetto sta sempre nel tutto, diviso o indiviso, di cui idealmente si possiede una parte.

Per determinare il compossesso opiniamo che debba partirsi dal compossesso delle cose mobili, sulle quali

¹ L. 60, D. de verb. signif. L. 16.

² Quintus Mutius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari, nam quod pro diviso nostrum fit, id non partem sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari, L. 25, § 1, D. de verb. signif. cit.

non havvi che la *possessio plurium pro indiviso*. È questo possesso *pro indiviso* che costituisce il punto di partenza e la struttura tutta della *compossessio*. Il compossesso *pro diviso* è un' accidentalità fornita dalla natura delle cose che ne formano l'obbietto; ma che non disturba l'essenza e non modifica il concetto della *compossessio*. E siccome nel compossesso della cosa mobile è necessario, perchè esista, che il volere di fatto domini tutta la cosa, non in una parte determinata, di modo che pel concorso dei voleri la volontà si limita ad una quota nel tutto e in ogni singola frazione del tutto; così nel possesso *pro diviso* la volontà della signoria di fatto non si limita al *certus locus*; tranne che l'*affectio* del compossessore non faccia sì ch'egli tratti il *certus locus* come un *fundus*, nel quale caso, possedendo egli un tutto, rompe l'armonia, che sta nel possesso delle parti, ed egli cessa di essere compossessore.

III.

Il professore Carlo Maynz, movendo da un principio vero giunge ad una falsa deduzione. Il possesso è essenzialmente indivisibile; come potere fisico sulla cosa esclude che più persone possiedano per intero la stessa cosa. Nulla intanto si oppone a che più persone insieme abbiano *pro indiviso* il possesso della stessa cosa; poichè in questo caso non è la volontà di ciascuno di loro, ma la volontà comune che dispone della medesima. Si dice allora ch'esse abbiano il possesso di una quota parte, di una parte intellettuale della cosa posseduta in comune; ma questo modo di parlare manca di esattezza appunto perchè il possesso è indivisibile ¹.

Il professore Steinlechner dall'altra parte corre all' e-

¹ Cours de Droit romain, tome prem. quat. edit. § 81, n. 3.



stremo opposto; egli sostiene la divisione intellettuale non solo nel rapporto del volere dei compossessori, ma anche nel potere fisico, nella detenzione.

« La migliore spiegazione, egli scrive, per la nostra questione, se cioè la divisione intellettuale trovi ancora luogo nella detenzione, l'otteniamo da ciò che le fonti dicono sulla *missio in possessionem*, che viene accordata a più persone per garanzia delle loro ragioni. Essa ha luogo *in solidum*, e assicura solo il diritto alla detenzione e alla custodia. È chiaro, che se nessun accordo esiste l'una si trova all'altra opposta, e la limita; ed appunto questa scambievole limitazione fa sì che secondo l'effetto nasca per ciascuna la detenzione della parte, che le fonti esprimono come un rapporto di quote: *cum plures mittuntur in possessionem aequaliter omnes, quasi in totum missi, concursu partes habebunt*.

« Dal nostro punto di vista sull'essenza della divisione intellettuale la questione con molta semplicità si scioglie da se. Quella divisione deve riferirsi agli utili, al successo economico che più persone ottengono nel loro rapporto sulla cosa. Questo interesse divisibile venendo in considerazione anche nella custodia, è chiaro che la divisione intellettuale non trova meno luogo nella detenzione di quello che sia nel possesso giuridico. La diversità della direzione del volere nei due casi non cambia punto l'effetto che avrebbe il rapporto di fatto dell'uno sulla cosa, ma viene colla concorrenza limitato dall'altro, sia pure il volere diretto a questo o a quello scopo ch'egli colla cosa consiegue » ¹.

Non è accettabile, e non regge alla critica l'asserzione del Maynz, che, cioè, solo per inesattezza di linguaggio le fonti parlino di possesso *pro indiviso*, mentre questo è essenzialmente indivisibile.

¹ Das Wesen der iuris communio, zweiter Abtheilung § 3, pag. 10, 11.

Prima di volgere un rimprovero siffatto a giureconsulti che crearono la matematica del linguaggio e del ragionare giuridico bisogna mettere alla prova della critica la propria opinione. È certo che a più riprese, e non in un solo luogo, le fonti parlano di possesso *pro diviso* e *pro indiviso*, ugualmente che di condominio nel quale *intellectu partes habentur*; è altresì certo che i giureconsulti applicano a casi pratici la distinzione. Quanto alla forza del volere, nella sua essenza metafisica, non havvi diversità di estensione e d'energia così nel possesso come nel dominio; la differenza è solo arrecata dall'ordine del diritto che assiste il volere nel dominio e lo rende giuridicamente efficace allorchè si mette in rapporto colla cosa; mentre manca questa assistenza nel possesso, onde il rapporto è di puro fatto, che però genera una difesa plessoria di fronte a chi non è possessore. Se quindi la differenza non è intrinseca, non comprendiamo perchè sia proprio ed esatto sul condominio il linguaggio dei giureconsulti, che si riferisce alle parti intellettuali e *pro indiviso*; e all' invece sia improprio e inesatto nel compossesso

Il possesso è indivisibile quanto alla detenzione e al *corpus*; divisibile in parti ideali quanto all'*animus possidendi*. Il *corpus* e l'*animus* devono ugualmente concorrere nel compossesso come nel possesso. Però nella concorrenza di più voleri sulla stessa cosa l'*animus possidendi* dell'uno limita l'*animus* dell'altro ad una parte ideale, la cosa si detiene da un solo nell'interesse proprio e in quello degli altri. È indivisibile il potere fisico, onde nel compossesso la cosa si possiede da un solo, ma per se e per gli altri; è divisibile il volere, in quanto che possono più individui volere una parte ideale della cosa, e una parte nel tutto. In rapporto all'*animus possidendi* ciascuno rappresenta una parte ideale nella cosa stessa.

Il compossesso presuppone l'accordo e l'armonia degli animi di tutti i compossessori; tutti vogliono possedere

la stessa cosa; ma ciascuno per una parte. Da questo accordo nasce la rappresentanza di tutti in ognuno; sicchè colui che apprende e detiene in queste condizioni la cosa, l'apprende, la detiene e vi esercita il suo potere fisico quanto alla sua quota ideale per se, quanto alla quota degli altri compossessori per costoro; egli rappresenta sè stesso e gli altri. Mancato l'accordo dei voleri non può esistere compossesso, sibbene un semplice e pretto possesso. Colui che sta per apprendere la cosa o si trova di fronte ad altri in colluttazione e che con lui sostengano la lotta, o non trova alcuno; nel primo caso quegli sarà possessore che vincerà nella lotta, però il risultato della lotta è il possesso per se, escludente la signoria di qualsiasi altro; nel secondo caso l'apprendente entra pacificamente nel possesso esclusivo. Se nella lotta dei voleri questi reciprocamente si accordano e si limitano, la lotta cessa, e l'apprensione della cosa è nell'interesse di tutti.

Rispetto alla detenzione della cosa avviene nel compossesso ciò che succede nella immissione *in bona debitoris*. Il creditore immesso nel possesso *non sibi sed omnibus possidet*; egli detiene per se e per tutti gli altri creditori la cosa. In questo rapporto della semplice detenzione tra i compossessori *animo domini*, e i creditori che la cosa del debitore detengono a scopo di custodia, tutta la differenza sta nella ragione della rappresentanza dei compossessori e dei concreditori. Il creditore immesso nel possesso, senza che gli altri ne avessero fatta espressa domanda, non potrebbe giuridicamente rappresentarli. La rappresentanza importa mandato, quindi volere di farsi rappresentare. Dall'altra parte i concreditori non potrebbero pretendere di acquistare il possesso, come nuda detenzione, coll'intermedio dell'immesso; dapoichè *per liberam personam acquirere possessionem non possumus*. Però la rappresentanza nasce dalla natura stessa delle cose e dalle disposizioni pretorie che accordano l'immissione;

quia nec sibi quidquam acquirit, cui praetor permittit, sed aliquid ex ordine facit. Nell'eseguire una disposizione legale il creditore immesso detiene la cosa per se e per gli altri creditori ¹. Nel compossesso, il compossessore detiene per se e per gli altri; ma in forza del volere di tutti armonizzato nella lotta, o con preventivo concerto. Nella rappresentanza il detentore possiede per tutti; però tutti sono rappresentati nella detenzione in una quota indivisa che intellettualmente posseggono.

Tutto l'errore del Maynz consiste nello aver trasportato il concetto della indivisibilità dal terreno della detenzione, in quello dell'*animus possidendi*. Quanto al potere fisico non può una cosa possedersi *pro indiviso*; non così quanto all'*animus possidendi*, nel cui riguardo il linguaggio dei giureconsulti è abbastanza esatto, corrispondendo al vocabolo l'idea e la sua pratica applicazione.

Abbiamo con ciò respinta eziandio e confutata l'opinione dello Steinlechner, il quale alla nuda detenzione riporta il concetto del possesso *pro partibus pro indiviso*.

¹ Cum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti, quaeritur, utrum solus is qui petit possidere potest? an cum unus petit, et praetor permisit, omnibus creditoribus aditus sit? Et commodius dicitur, cum praetor permiserit, non tam personae solius petentis, quam creditoribus, et in rem permissum videri: quod et Labeo putat. Nec videbitur libera persona acquirere alii, quia nec sibi quidquam acquirit cui praetor permittit, sed aliquid ex ordine facit; et ideo coteris quoque prodest. L. 12 pr. D. de rebus auct. iud. possid. XLII, 5 — Si plures legatarii mitti in possessionem desideraverint, omnes venire debent in possessionem, is enim qui ex causa legatorum possidet sibi non alii possidet. Alia est causa cum creditores rei servandae causa mittuntur in possessionem; nam is qui possidet, non sibi sed omnibus possidet. L. 5, § 2, D. ut in posses. legat. XXXVI, 4. — I legatarii possiedono per se; quindi non si può presumere che, immesso uno nel possesso, voglia e debba possedere per gli altri; tutti debbono andare all'immissione; ma andativi, nella detenzione si avvera ciò che ha luogo nei creditori: *unus pro omnibus possidet*, mercè l'accordo che conferisce la rappresentanza. La immissione di tutti nella detenzione importerebbe possesso *pro diviso*; mai il concetto della divisibilità intellettuale nella detenzione stessa.

Il potere fisico sulla cosa, ch'è la possibilità di esercitare a proprio talento la signoria di fatto sopra la stessa, non patisce alcuna divisione ideale, come in generale non la patiscono i fatti positivi. La cosa può, quanto alla detenzione, essere materialmente e realmente divisa, non già idealmente; un compossessore può detenere una parte divisa, occupando l'altra il suo compossessore; ma urta alla ragione, che nell'esterna detenzione della cosa colui che non detiene rappresenti una parte ideale indivisa nella detenzione stessa. Chi detiene la cosa la detiene in solido, nella sua totalità; il suo potere fisico abbraccia e stringe la cosa in ogni parte. Due persone non possono in solido simultaneamente usare dello stesso fondo, dell'istesso animale, dell'istesso veicolo. L'uso simultaneo da parte dell'una esclude l'uso da parte dell'altra; possono due persone *pro diviso* detenerne e usare l'immobile, ma questo uso di una parte dell'immobile è tutt'altra cosa che la divisione ideale della detenzione stessa.

« La detenzione come tale, scrive il Bruns, consiste nell'esterno rapporto fisico verso la cosa, e questo, esternamente e di fatto, non ammette distinzione alcuna, perchè si pensi e si voglia con siffatto rapporto; cioè, si ha la fisica possibilità o di operare sul tutto, o niente affatto, o limitatamente ad una parte reale; una limitazione fisica ad una parte ideale è logicamente e fisicamente impossibile » ¹.

Lo Steinlechner vorrebbe rinvenire nella L. 5, § 15, D. *commod. vel contra*, la dimostrazione della sua teorica. In questa legge, parlandosi del veicolo comodato o locato a due persone, espressamente si dice: *in vehiculo comodato vel locato pro parte quidem effectum me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam*.

¹ Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und. R. W. vol. I, pag. 520, 521, anno 1878.

Evidentemente egli confonde l'uso col possesso e colla detenzione della cosa: *inter detentionem et usum differentiam esse*, scrive il Cuiacio, *ex eo liquet, quod plures eandem rem pro solido possidere, idest detinere non possunt, eadem tamen re plures pro solido uti possunt, ut re comodata; item forum non possidemus, sed eo utimur*¹. La mente d' Ulpiano nel paragrafo controverso è chiara abbastanza. Egli, colle parole di Celso, distingue il possesso dall'uso della cosa; quanto al possesso, dice che più persone non possono insieme possedere la stessa cosa; quanto all'uso riconosce il possesso solidale: *usum— in solidum esse*. Applicando il principio alla specie del veicolo comodato o locato a due persone, il giureconsulto ammette implicitamente le solidalità dell'uso; però soggiunge: in ultima analisi e per necessità di cose nel veicolo comodato a due persone l'uso in solido si riduce all'uso di una parte del veicolo, *quia non omnia loca vehiculi teneam*.

Distinto l'uso dalla detenzione della cosa, e dato il giusto significato alla voce *effectus*, che sembra sia frainteso dallo Steinlechner², svanisce qualsiasi argomento ed appoggio che voglia tirarsi dalla legge in parola.

¹ Tomo VIII, vol. 573 ediz. napol.— Lo stesso Cuiacio scrive: non est etiam possessio functio rei, vel applicatio rei ad id ad quod nata factave est, vel perceptio comodi cui praeibendo res apparatus est, qui usus vulgo dicitur; nam et si re non utar in causam cui proprie parata est, utique eam possideo si ei incumbam, insideam, insistam otiosus. Forum, balneum, campum publicum non possidemus, quia ei non insistemus; utimur tamen quandoque foro, dum in eo versamur et negotia nostra gerimus; balneo dum lavamur; porticu dum ambulamus; campo dum in eo exercemur. Plures uti eadem re possunt in solidum, nec enim minus balneo publico utor quod et alius utatur, nihil mihi demit usus alterius; at possidere plures eandem rem singuli in solidum non possunt. Tomo VIII, col. 238. — E lo stesso Cuiacio: uti quidem fundo possum pro parte, itemque navi, aut curru, aut vehiculo, idest si non omnia loca fundi, navis, aut vehiculi teneam, si una tantum regione fundi utar. Tomo VII, col. 1387.

² Lo Steinlechner pare che alla parola *effectus* voglia dare il significato

Un altro argomento diretto lo Steinlechner ricava dalla L. 15, § 18, D. *de damno infecto* XXXIX, 2, così concepito :

Cum autem plures mittuntur in possessionem aequaliter mittuntur, non pro rata damni, quod unumquemque contingeret, et merito, nam et cum unus mittitur, non pro portione damni mittitur, sed in totum; cum igitur plures mittuntur, aequaliter omnes, quasi in totum missi, concursu partes habebunt.

Questo frammento riguarda la *immissio ex secundo decreto*, per la quale gl' immessi, cui è stata rifiutata la *cautio damni infecti*, acquistano il diritto di proprietà sulla cosa. L'immissione ha luogo con una perfetta uguaglianza aritmetica; uno in *totum*, molti *quasi in totum*, non in proporzione del danno. Quindi dall'immissione ne nasce la proprietà ¹, nella quale ciascuno rappresenta una parte intellettuale: *concursu partes habebunt*. Trattandosi di condominio, questa proposizione non può riferirsi che alla parte ideale; conseguentemente vien meno il supposto dello Steinlechner, che su questo frammento edifica la sua dimostrazione per la divisibilità ideale della detenzione. Che se il frammento voglia riportarsi alla *immissio ex primo decreto*, per come sostennero pochi ed antichi scrittori, non per questo debbono le ultime parole intendersi nel senso di una divisione ideale della detenzione, quando si possono benissimo riferire alla detenzione di una parte divisa, ossia alla divisione reale,

di *effetto*, scrivendo : « questa reciproca limitazione dell'immessi in possesso fa sì che nell'*effetto* nasca pei singoli la detenzione di una parte. » Egli allude evidentemente alla voce *effectus*. Ma il significato di questa è tutt'altro. La Glossa a questa parola scrive : quasi dicat, ipsa re, necessitate. Cuiacio : revera, naturaliter, rei natura. Il quale significato si rincontra nella L. 10 pr. D. *de usu et habit.* VII, 8; L. 5, § 1, D. *quod cum eo*. XIV, 5; L. 15 pr. D. *de legatis praestandis* XXXVII, 5.

¹ Wangerow § 678, n. 7.

di maniera che ciascuno degl' immessi lo è *quasi in totam*; ma nello scontro di più persone sulla stessa cosa, riuscendo impossibile il possesso solidale di ciascheduno, ognuno prende a possedere *pro partibus divisis* la cosa, oggetto dell'immissione: *concurso partes habebunt*. Al che pare che alluda il seguente § 15 della stessa legge:

Si plures sunt qui postulant ut caveatur, omnes mitti in possessionem solent, Idemque Labeo probat, et si prius quis in possessionem missus sit, et alius mitti desideret; nam non spectabimus ordinem, sed habebunt ambo possessionem.

Ambo non possono avere il possesso nel senso della materiale detenzione della cosa, quale qui appunto suona l'espressione, se non possedendo ciascuno *pro diviso*. E a ciò allude ancora la L. 40, § 4, D. dello stesso titolo, che dice:

Omnes in possessionem erunt, et quidem aequalibus partibus.

Che cosa importa quell' *in possessionem esse*, se non il detenersi *pro diviso* materialmente la cosa? Nell' immissione in possesso, adunque, o la detenzione della cosa è *pro diviso*, avveramente uno detiene nella rappresentanza di tutti. Però in nessuna maniera rilevasi dalle leggi riferite dallo Steinlechner, che alla esterna detenzione si applichi la divisione intellettuale.

Non si opponga che non si saprebbe comprendere l'estensione che si fa dell'*actio communi dividundo* a questo rapporto, se la divisione delle quote fosse reale. Questa estensione dell'*actio communi dividundo* agl' immessi nel possesso è insegnata eziandio dalla Glossa, la quale ne trova la giustificazione sul fondamento del pegno, che gl' immessi conseguono coll'immissione; essendo risaputo che al creditore pignoratizio compete ancora, tra le diverse azioni sussidiarie, anche questa. Tuttavia se quest'azione in rapporto agl' immessi voglia riguardarsi come sussidiaria, essa non compete loro nei reciproci e scam-

bievoli rapporti tra i medesimi; ma nei rapporti coi condomini della cosa, oggetto dell' immissione, di maniera che questa non si riferisca alla parte che nella divisione possa toccare all'altro condomino, e che non minacci il danno temuto. Che se l' *actio communi dividundo* si applica ai rapporti degl' immessi tra loro, in questo caso, essendo essa un'azione che appartiene esclusivamente ai condomini e ai possessori di buona fede, non a semplici detentori, ne deriva ch'essa presuppone la comproprietà nascente dall'*immissio ex secundo decreto*, la quale nulla ha da fare con l'immissione allo scopo di semplice custodia. E poi, il possedere *pro partibus divisis* una cosa comune, non impedisce che si faccia uso dell'*actio communi dividundo*, perchè cessi lo stato di possesso provvisorio di ciascuno, siano regolate le quote, e per tutti cominci il possesso diffinitivo della propria quota, come possesso autonomo e indipendente.

Non conviene infine dimenticare che l' immissione in possesso non è un semplice rapporto di fatto, ma è un fatto permesso, autorizzato e decretato dal magistrato; che quindi ha nelle leggi e nel diritto pretorio norme proprie e determinate nella detenzione, nel modo, e nelle sue conseguenze. Ed è quindi erroneo volere giudicare della detenzione nel fatto del possesso colle stesse norme prestabilite per l'immissione.

La *possessio pro indiviso* non è dunque un' espressione inesatta delle fonti applicata all' *animus possidendi*; ma è un concetto esattamente giuridico e con coscienza giuridica insegnato dai romani giuristi. Dall'altra parte questo concetto riesce inapplicabile all' esterna e materiale detenzione della cosa; la quale o deve possedersi per intero, o non possedersi, o possedersi in parti reali.

IV.

Qual' è il contenuto della parte intellettuale?

Nec quemquam partis corporis dominum esse; sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere ¹.

Queste parole di Celso, riferite da Ulpiano, riguardano la divisione intellettuale tanto nel possesso quanto nella proprietà. Il giureconsulto avea di mira il caso concreto del veicolo comodato o locato a più persone; enunciava il principio generale escludente il dominio e il possesso in solido di più persone insieme; ammetteva quindi il condominio e il compossesso. Nelle parole del giureconsulto si determina il contenuto della parte intellettuale.

La cosa (*corpus*) è l'oggetto del possesso e del dominio; il sostrato della parte intellettuale esser non può che la stessa cosa corporea. *Pro indiviso* si ha il possesso dell'intero *corpus* in una parte ideale dello stesso. La parte ideale non è un'astrazione qualsiasi, una pura finzione della mente; bensì qualche cosa che ha un sostrato concreto nello intero corpo. Dicesi ideale, intellettuale, in quanto che non è materialmente determinata; in quanto che non sono individuati i confini; in quanto che sopra ogni singola frazione della cosa, fino all'ultimo atomo, si riproduce il concetto della parte: *totius corporis pro parte*. Del resto è la realtà della cosa nella sua natura ed essenza quella sulla quale si astrae si determina idealmente la quota che vuolsi possedere. Il contenuto della parte intellettuale non è dunque il valore rappresentato dalla cosa, quasi la mente astragga dalla cosa il suo valore e questo voglia possedere. Nè per l'acquisto di una parte della cosa come tutto, e indipendentemente della com-

¹ L. 5, § 15, D. commod. vel contra XIII, 6.

possessio; nè per l'acquisto di una parte della cosa nella *compossessio*, può il valore venire in diritta contemplazione come contenuto della parte. Nella parte non può contenersi se non ciò che si trova nel tutto; obbietto e contenuto del tutto è il *corpus*; è questo adunque che si contiene nella parte. Il possesso come potere fisico sulla cosa richiede una cosa materiale a possedersi, *prescindiamo qui della quasi possessio*; nella *compossessio*, e nell'acquisto di una parte, la cosa materiale non può convertirsi nel suo valore.

Non si opponga che per le cose mobili in generale il contenuto della parte non può essere altro che il loro valore, perchè non suscettibili di divisione reale, a meno che non vogliano guastarsi e corrompersi. Anche qui l'animo immediatamente è diretto ad una parte ideale della cosa mobile: è il servo, o l'animale, che vuolsi compossedere. La conversione di questo nel suo valore è conseguenza della cessazione del compossesso, non si potendo nella materiale divisione, per necessità di cose, dai compossessori conseguire la propria parte, se non convertendo in danaro l'obbietto.

Ci sembra inconsequente il Windscheid, il quale nel mentre insegna che una parte intellettuale può formare oggetto del possesso, nel senso che l'animo deve essere indirizzato ad una determinata parte del valore della cosa, riguardo al compossesso poi dice essere la cosa il contenuto del volere dei compossessori ¹. Nell'una e nell'altra posizione di fatto il volere si dirige sulla cosa, intende disporre della cosa, in quanto è capace di sostenere la sua signoria.

Allorquando si parla di divisione intellettuale havvi chi la fa consistere nel volere stesso. Questa base subbiettiva della divisione psicologicamente è inammissibile. Il volere non si divide; esso è un puro atto dello spirito

¹ Pandekten § 152, n. 9, 12.

che nell'ordine delle volizioni traduce l'idea percepita dall'intelletto. Colla stessa intensità e colla stessa forza esso si applica tanto all'acquisto della parte, che all'acquisto del tutto; non havvi certo nell'acquisto della parte smembramento di quell'atto volitivo che s'indirizza sul tutto. La base della divisione intellettuale non può dunque essere la divisione del volere stesso. Questo tende con tutta la sua energia ad una parte dell'intera cosa.

Lo Steinlechner concepisce il rapporto nel modo seguente: se taluno vuol possedere insieme ad un altro la cosa, egli vuole per se avere una parte del profitto (nel largo senso) che gli può il possesso garentire, sia uguale o disuguale, in rapporto a quello dell'altro compossessore. Esiste dunque una divisione del risultato (*des Erfolgs*); di divisione intellettuale è allora soltanto discorso quando questa ha il suo fondamento nella concorrenza di molti, cioè, quando ciascuno ammette questa divisione avuto riguardo al suo socio. Si può pensare al caso che ciascuno voglia usare della cosa ad uno scopo diverso di quello del suo compagno; o al caso che voglia usarla nello stesso intento, ma in rapporto ai suoi bisogni individuali. In quest'ultimo caso il compossesso della cosa è dell'istessa natura che nel caso antecedente; però la divisione del risultato qui non ha il suo fondamento nella concorrenza; quindi non si parla dalle fonti di divisione intellettuale, ma di solidalità.—Di parti intellettuali può dunque essere discorso quando più persone concorrono, e il risultato del possesso pei singoli diviene limitato solo in seguito della concorrenza ¹.

In termini più brevi e più chiari, per lo Steinlechner la divisione intellettuale non sta nella cosa, ma negli effetti e nei vantaggi che garentisce la cosa nella concorrenza di molti individui agli stessi. Però la divisione in-

¹ Pag. 14.

tellettuale nei vantaggi ha luogo quando vuolsi usare della cosa ad uno scopo diverso di quello del socio, e senza fare ostacolo all'uso di costui; ove si voglia usare della cosa nello identico scopo del socio, nelle fonti si parla di solidarietà.

Il concetto dello Steinlechner ci sembra erroneo abbastanza, egli qui confonde l'uso che i compossessori possono fare della cosa, e quindi i vantaggi economici nascenti dalla stessa, col possesso e col compossesso della cosa. Intanto havvi una concorrenza nell'uso, in quanto havvi una divisione intellettuale della cosa; la divisione reale degli effetti promana dalla divisione intellettuale della causa. Con maggiore acume d'intelletto il Donello seppe dal principio della divisione intellettuale della cosa derivare la divisione degli utili tra i compossessori, a vece di far consistere nella divisione di questi tutta la essenza della *compossessio* e della divisione intellettuale: *ipsa quodammodo pars in emolumento percipi videtur* ¹.

¹ Ecco le parole del Donello: corporales res recipiunt omnes natura sua divisionem, non tantum inanimatae, quarum alioqui sine interit rei nulla in partes discretas divisio est. Itaque etiam Stichus et quodcumque aliud animal promissum nostris divisionem recipit, ut si Stichus debeat a pluribus, singuli partem debeant, et partem solvendo liberantur. Sed partes hic intelligere debemus non divisas corporibus, sed indivisas, quales sunt partes plurium dominorum in re communi, quae obtinentur re integra manente pro indiviso. Ubi sunt igitur hae partes indivisae, si quis quaerat? nusquam sunt, non cernuntur, non tanguntur, intellectu tantum percipiuntur, et hoc intellectu iuris constant non corporum divisione. Rursus si quis quaerat, quae sit utilitas earum partium, quae nusquam sunt (quod omnino necesse est quaeri, nisi volumus hic ius verbis constitui, non rebus) intelligendum est etiam has partes suos effectus et certos habere, natura rerum ita ferente, quorum etiam obtinendorum causa jus eas partes induxit. Utilitas cernitur in commodis et fructibus rei communis. Haec vero pro his partibus indivisis, quas fingimus recte et corporibus inter quosvis dividi possunt. Ipsae vero per se partes indivisae sunt, emolumento divisae; quia dum emolumentum propter partem divisim percipitur, ipsa quodammodo pars in emolumento percipi videtur. Comment. de iure civili, lib. XV, cap. 6, n. 2, 3.

Il possesso è qualche cosa di distinto dei vantaggi economici che la cosa produce; si può possedere e detenere una cosa senza lo scopo di un determinato vantaggio; se questo si ha, è una conseguenza. Non è logico fermarsi alle conseguenze, ed elevar queste a forza di principî.

V.

Si può una cosa possedere o per intero o in parte. Allorquando si possiede in parte, il possesso può essere *pro diviso* o *pro indiviso*. Chi materialmente possiede una parte del tutto, staccata e distinta, in realtà di cose possiede un tutto. Esiste un tutto rispetto al nuovo possessore, una parte rispetto all'antico cui apparteneva, e rispetto al tutto da cui è distaccata. La parte smembrata da un fondo diviene anch'essa un fondo autonomo: *locus certus ex fundo possideri potest*¹.

In questo caso si ha il possesso della parte, e si conosce il quantitativo è il punto della stessa. Però si può possedere una parte indivisa di una cosa, ammetta, o no, materiale divisione; del fondo, dell'animale, dello schiavo si possiede indivisamente una parte. Siccome il possesso è la detenzione della cosa coll'animo di averla come propria, così il possessore deve tener coscienza dell'obbietto che possiede, della parte di quest'obbietto, del quantitativo compresso nella parte. Non basta il voler possedere una parte in genere; devesi voler possedere una determinata parte.

La rivendica della cosa consiste nel diritto del proprietario non possessore esercitato contro il non proprietario possessore della cosa. Del pari che il rivendicante deve esprimere *utrum rem totam, an partem, et quotam*

¹ L. 26, D. de acquir. vel am't possess. XI, 1, 2.

petat, così anche il possessore deve aver coscienza *utrum rem totam, an partem et quodam partem possideat*. Quanto ai requisiti e alle condizioni del volere, il possesso non differisce dalla proprietà; l'*animus possidendi*, che logicamente è la determinazione del volere verso la cosa, deve conoscere questa e la quota parte della stessa; mancherebbe altrimenti la vera determinazione dell'animo. Il demente non si determina alla cosa, non avendo coscienza, ed egli non possiede. La determinazione manca in colui che vuol possedere e non sa che cosa, o che parte della stessa: *apelatio rei non genus sed speciem significat*¹. Da qui le diverse autorità delle fonti:

*Incertam partem rei possidere nemo potest, veluti si hac mente sis: quidquid Titius possidet tu quoque velis possidere*².

*Incerta pars nec tradi, nec capi potest, veluti si ita tradam: quidquid mei iuris in eo fundo est; nam qui ignorat nec tradere, nec accipere id quod incertum est potest*³.

*Incertam partem possidere nemo potest*⁴.

Da qui ancora l'impossibilità della rivendica di una parte incerta, meno che in casi eccezionali, nei quali per diritto compete una quota parte, ma si è nell'impossibilità di conoscerla pel momento:

*Incerte partis vindicatio datur, si iusta causa interveniat*⁵.

La *pars certa pro indiviso* è indicata come quella che nasce da una causa giuridica:

*Certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emptione, vel ex donatione, vel qualibet alia ex causa*⁶.

Da qui parecchi sostengono non potere la *compossessio*

¹ L. 6 pr. D. de rei vind'c. VI, 1.

² L. 3, § 2, D. de acquir. vel amit. posses. XLI, 2.

³ L. 26, D. ibid.

⁴ L. 32, § 2, D. de usurp. et usucap. XLI, 3.

⁵ L. 76, de rei vindic. VI, 1.

⁶ L. 26, D. de acquir. vel amit. posses. cit.

nascere altrimenti che da rapporti giuridici, e un rapporto giuridico essere il possesso stesso e il compossesso.

Però a chi bene osservi non isfuggirà certo come il giureconsulto accenni a qualsiasi causa di acquisto, e che solo ad esempio, quasi per indicare i modi più ordinari, si riferisce alla vendita e alla donazione. I modi derivativi di acquisto di una certa *pars*, non escludono i modi originari e l'usurpazione: *quaelibet alia causa*.

È ben naturale che chi possiede il tutto possa trasferire per donazione o per vendita il possesso della parte; ma ciò non esclude che possa una parte acquistarsi per mezzo dell'occupazione, specialmente quando più persone concorrono sullo stesso oggetto, e ciascuno per una parte determinata.

Incerta pars nec tradi nec capi potest. Nam qui ignorat nec tradere nec accipere id quod incertum est potest ¹. Il Windscheid eleva la questione se la determinazione della parte solo si richiegga riguardo al possesso come fondamento dello acquisto del diritto (tradizione, usucapione), così che nella indeterminatezza della parte non sia esclusa la difesa interdittale contro il terzo ².

Il quesito così proposto non ci sembra che abbia ragione alcuna di sussistenza. Se una *incerta pars* non è suscettibile di possesso come fondamento del dritto, non lo è del pari in ordine alla difesa possessoria. Gl'interdetti pigliano base dal possesso; ma se impossibili riescono la tradizione e l'usucapione, perchè manca il possesso della parte incerta, è impossibile parimenti la difesa possessoria. La proposizione del giureconsulto è assoluta, non relativa; comprende il possesso *ad usucapionem* e il possesso *ad interdicta*.

Tutto ciò allorquando vuolsi acquistare una determi-

¹ L. 26, D. de usurpat. et usucap. XLI, 3.

² § 152, n. 9.

nata parte che pigli la forma di un tutto; o allorquando si è incerti della parte, e con questa incertezza vuolsene fare la tradizione o l'acquisto. Ma che cosa è a dire se il volere di molti è indirizzato sul tutto, di maniera che ognuno vuole possedere il tutto; però l'accordo e la concorrenza limita reciprocamente il volere ad una parte ideale della cosa?

In questo caso havvi un volere generale che abbraccia e possiede il tutto, e come tale questo si possiede *ad usucapionem*, e dev'essere tutelato coi rimedi possessori. La concorrenza produce le parti ideali, è chi ha diretto il suo volere sul tutto, naturalmente possiede in questo la parte; abbenchè ignori quale e quanta sia. La determinazione del volere è per il tutto, l'armonia dei singoli voleri produce la parte nel tutto e in ogni singola sua frazione.

Sono tre cose distinte, il possesso del tutto; il possesso della parte certa, come parte alla quale venne indirizzato il volere; e il possesso *pro indiviso*, ch'è il possesso del tutto in cui ciascuno rappresenta una parte anche incerta. Nei quali tre casi occorre la difesa possessoria.

Hoc interdictum (uti possidetis) locum habet, sive totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte, sive pro indiviso possideat ¹.

Evidentemente il giureconsulto qui mette a riscontro e in opposizione il possesso *pro certa parte* e il possesso *pro indiviso*, quasi voglia dire il possesso di parte incerta di una cosa la quale *pro indiviso* si possiede da più persone nel tutto.

Qui occorre il celebre frammento di Pomponio sul quale si sono formulate opposte e diversissime ipotesi e opinioni :

Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint

L. 1, § 7, D. uti possidetis, XLIII, 17.

*in fundo, qui ignorant quotam quisque partem possideat, neminem eorum, mera subtilitate, possidere Labeo scribit*¹.

Il frammento dovrebbe così interpretarsi: nessuno può possedere una parte incerta; ammesso questo principio, logicamente e razionalmente ne deriva, siccome scrive Labeone, che se molti si trovano sul fondo, e che ignorano in quanta parte ciascuno possegga, nessuno di loro possiede la parte.

Pomponio stabilisce innanzi tutto il principio: *incertam partem possidere nemo potest*. Ciò posto egli vuol farne applicazione al caso che più persone si trovino sullo stesso fondo ignorando ciascuno la parte del suo possesso. Pomponio trova logico e naturale che niuno possegga la parte e invoca per se l'autorità di Labeone.

Secondo noi, le parole: *mera subtilitate*, non altro significano che *logicamente, giusta i principî della naturale ragione*. Il quale significato si desume dalla L. 51, § 9, D. *ad legem Aquiliam*, in cui occorre l'espressione di: *subtili ratione*, equivalente alla *ratio disputandi*, che si rincontra nella stessa legge in contrapposto al *ius civile*. Il *ius civile multa contra rationem disputandi pro utilitate communi recipit*. Quindi, secondo questo significato, Pomponio tira la conseguenza logica del principio da lui stabilito riferendosi all'autorità di Labeone.

Le parole, *mera subtilitate*, si riferiscono a Pomponio, non a Labeone, di guisa che tutto il frammento esprime il parere del primo avvalidato coll'autorità del secondo.

Con ciò respingiamo da una parte i diversi modi d'intendere e d'interpretare le parole *mera subtilitate*, sia come *in senso giuridico, giuridicamente*; sia come un *concetto astratto* o una *rappresentazione*; sia nel senso di *equità* in contrapposto alle strette conseguenze di dritto. Dall'altra parte ci discostiamo da coloro che quella espres-

¹ L. 32, § 2, D. de usurpat. et usucap. XL1, 3.

sione riportano a Labeone, quasi Pomponio disapprovi il pensiero di costui, indicandolo come una pura sottigliezza giuridica da non tenersi in conto. Parimenti ci allontaniamo da quanti la espressione *mera subtilitate* riportano a Labeone, nel senso che questo giureconsulto, chiamando mera sottigliezza l'esposta conseguenza, la disapprovi, e quindi con lui la disapprovi anche Pomponio ¹.

Bisogna piuttosto vedere quale sia lo spirito di quel frammento di Pomponio, il che è a desumersi dall'intera legge 32 *De usurpationibus et usucapionibus*.

L'intero frammento si riferisce all'*usucapione* e alle cose che possono usucapirsi. A principio Pomponio parla delle cose furtive; queste non si usucapiscono ². Però, *si furem furtivam a domino emerit, et pro tradita habuerit, desinet eam pro furtiva possidere et incipit pro suo possidere*; cessano quindi quelle condizioni onde la cosa furtiva è sottratta all'*usucapione*, comincia nel possessore il giusto titolo e la buona fede, quindi corre la prescrizione. Tale è il concetto che informa il principio del frammento, e che riceve luce dalla specie proposta nel § 1°. In questo paragrafo Pomponio ha di mira il caso di chi possiede una cosa, è reputa essere per legge sottratta all'*usucapione*: *si quis id quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere?* e il giureconsulto risponde: *dicendum est, etiam si erret non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in iure erranti non procedat usucapio*. Nel § 2, ch'è quello in controversia, continua il giureconsulto a parlare dell'*usucapione* relativamente al possesso dell'*incerta pars*. Questo paragrafo, che costituisce il finale della legge, appare evidentemente dimezzato dai

¹ Sul frammento di Pomponio vedi Windsched § 152, nota 12; Steinlechner l. c. § 6.

² Vedi §§ 2, 3. Instit. de usucap, II, 6.

compilatori, insieme al principio della legge stessa; però il paragrafo secondo mutua la sua luce al principio e alla fine. Che cosa è a dirsi del possesso dell'*incerta pars*? Una parte incerta non si può possedere: *incertam partem possidere nemo potest*; quindi l'*incerta pars nec tradi nec (usu) capi potest*. La conseguenza è evidente; non sta nel frammento controverso, ma si lascia desumere dal concetto della legge, ed è una conseguenza tirata da Pomponio stesso nella L. 26, D. *de acquir. vel amit. possess.* XLI, 2.

Ma se non si può usucapire l'*incerta pars*, allorquando questa è nel rapporto di un solo; che cosa è a dire nel caso che più persone possiedono un fondo, ma ignora ciascuno la sua parte? Quel che vale per uno vale per tutti: nessuno può usucapire la parte che ignora di possedere; e quindi sotto questo riguardo nessuno possiede la sua parte. Ma esclude forse il giureconsulto il possesso dell'intero fondo nell'interesse di tutti? Egli muove dal supposto che più persone si trovino nel fondo; quindi dal supposto del compossesso o della *possessio pro indiviso*. Se molti possiedono lo stesso fondo, per tutti nel comune interesse si compie l'usucapione del fondo. Però altra cosa è l'usucapione del fondo, ed altra l'usucapione della quota parte di ciascun compossessore. Tutti possiedono il fondo; ignorando ciascuno la sua quota, nessuno ha il possesso della quota che ignora, quindi nessuno può usucapire la *pars incerta pro indiviso*.

Da tutto ciò si rileva che il concetto della *compossessio* non riposa sul possesso della parte certa, che ciascuno vuol possedere; sibbene sul concetto del possesso dell'intero in cui ciascuno rappresenta una parte, anche in ogni piccola frazione, senza bisogno che questa sia certa e determinata. La determinazione della parte verrà dalle ulteriori manifestazioni del volere dei compossessori, e nei reciproci rapporti fra loro. Quindi dal frammento di Pomponio risulta:

1. Che possa esservi possesso di un fondo nell'inte-

resse di più persone, e che nell'interesse comune si compia la prescrizione dello stesso, e si accordi la difesa interdittale contro le turbative e le usurpazioni.

2. Che nel possesso comune non è necessario che ciascuno abbia la coscienza della quota parte ch'egli vuol possedere. Chi non ha coscienza della parte non può possedere questa, non può prescriverla; non così però il fondo in comune.

3. Risulta la distinzione tra il possesso di una *pars certa* e il compossesso di un fondo *pro partibus pro indiviso*. Chi vuol possedere la parte come tale, sia *pro diviso*, sia *pro indiviso*, deve conoscerne il quantitativo: *qui ignorat quotam quisque partem possideat, non possidet*; all'invece chi vuole insieme ad altri possedere il tutto, e a questo è indirizzato il volere comune, non è necessario ch'egli abbia coscienza della quota parte; basta la coscienza del tutto nell'intento comune di volerne ciascuno una parte.

Il frammento di Pomponio riceve schiarimento dal seguente e che abbiamo più sopra riportato: *Hoc interdictum, uti possidetis, locum habet sive totum fundum possidere dicat, sive pro certa parte, sive pro indiviso possideat*. Qui il possesso *pro certa parte* va distinto dal possesso *pro indiviso* del fondo e della cosa comune.

Però, allorquando si vogliono regolare i rapporti dei compossessori fra loro, è necessario che ciascuno conosca la sua parte, e che questa sia certa, o per presunzione di uguaglianza fra tutti i compossessori, o per espressa manifestazione dei loro voleri, dalla quale risulti *quotam quisque partem possideat*.

VI.

L'acquisto del compossesso ha luogo della maniera stessa che l'acquisto del possesso. Più individui possono insieme occupare una cosa attualmente senza padrone, o impossessarsi di una cosa già posseduta da un altro;

parimenti più persone possono ricevere il possesso dal possessore attuale a mezzo della tradizione ¹. Per l'acquisto del compossesso non è necessario un titolo, quantunque ordinariamente questo vi concorra. Le fonti sul riguardo non lasciano alcun dubbio, ed è abbastanza esplicito l'esempio del fondo comune a due condomini posseduto da un condomino e da un terzo possessore ². Quest'ultimo ha certo dovuto scacciare l'uno dei condomini, e usurpare il possesso.

Il compossessore può abbandonare la sua parte.

Au pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet, et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit eius esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto ³.

Questa parte abbandonata può formare oggetto di acquisto, in maniera che il nuovo acquirente subbentri, rispetto alla cosa e ai compossessori, negl'identici rapporti di quegli che ha abbandonato la parte, tosto che è messo in condizione di esercitarne i poteri. Ma se il compossessore può abbandonare la parte, può eziandio trasferirla ad altri. Il Carlo Maynz ammette che possa uno dei compossessori trasferire ad un terzo il suo possesso; però, secondo lui, questa tradizione suppone il concorso della volontà degli altri compossessori, il quale mancando non vi ha più volontà collettiva, nè compossesso ⁴. È questa una conseguenza dello erroneo principio dell'indivisibilità del possesso in modo assoluto insegnata dal Maynz. Il concorso della volontà comune non si richiede per l'abbandono della parte, non deve richiedersi per il trasferimento della parte stessa ad un altro. Il compossesso nasce certamente dal concorso e dall'armonia dei

¹ Carlo Maynz : Cours de Droit Romaine, tome I, quat. edit. § 84, n. 29.

² L. 8, D. de rei vindic. VI, 1.

³ L. 3, D. pro derelicto XLI, 7.

⁴ Cours de Droit Romaine, cit.

diversi voleri che nell'intenzione sulla cosa vicendevolmente si limitano. Ma determinate dal concorso dei voleri le rispettive quote parti nel tutto, ciascuno dei compossessori è libero di disporre della sua parte, perchè indipendente dal volere degli altri compossessori.

Il compossesso in questo riguardo cammina parallelamente col condominio, ed appunto perchè possibile è la tradizione della parte del compossessore, si rende spiegabile come il comproprietario possa trasmettere ad un terzo per mezzo della tradizione la sua parte ideale, per se, e indipendentemente del concorso degli altri comproprietari; e si rende eziandio spiegabile la tradizione di una parte ideale 1.

Il Maynz distingue la tradizione di una parte ideale della proprietà, da quella di una parte del compossesso. Per la prima basta che il *tradens* metta l'acquirente in condizione di esercitare il potere ch'egli aveva; nella seconda richiede il concorso di tutti i compossessori. La quale differenza desume dalla natura esclusiva della proprietà, che il fatto accidentale della comunione non può distruggere.

Questa distinzione è infondata. Proprietà e possesso, relativamente all'*animus* di avere come propria la cosa, non differiscono che per la consacrazione legale dell'una e che manca nell'altro: intrinsecamente il potere della volontà in ambedue è identico. Dall'altra parte le condizioni della *traditio* non differiscono, e il fatto del comproprietario non è diverso dal fatto del compossessore. Se dunque è possibile la tradizione di una parte ideale della proprietà senza il concorso degli altri comproprietari, a più forte ragione è possibile la tradizione della

¹ Bruns; Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung, und R. W. pag. 51, 52 anno 1878.

parte ideale del possesso senza bisogno del concorso degli altri compossessori.

La pretesa differenza desunta dal carattere assoluto della proprietà non è tale da indurre il bisogno del concorso dei voleri nella tradizione della parte ideale del possesso, e da escluderlo in quella della proprietà. La differenza dovrebbe addimostrarsi nel potere della volontà e nel fatto della tradizione, il che non si potendo converrà conchiudere essere erronea la dottrina del Maynz.

Il compossesso può perdersi. Qui bisogna tener conto dell'indivisibilità della detenzione, e del possesso in parte divisa della cosa comune.

Essendo indivisibile l'esterna detenzione della cosa, ed uno dei compossessori esercitando per tutti e nel comune interesse il potere fisico, il compossesso si perde nella guisa stessa che il possesso ch'esercitiamo per mezzo del nostro rappresentante. Quindi l'abbandono che il compossessore rappresentante fa della cosa; l'impossibilità in che le forze esterne mettono costui di esercitare il possesso; il cangiamento di volere per guisa che si determini a possedere per se o per altri, e non continuare nell'interesse degli altri compossessori, possono essere altrettante cause per la perdita del compossesso. Allorquando in ordine alla esterna detenzione la cosa comune si possiede *pro diviso* dai compossessori, opiniamo che se il compossessore è discacciato, o perde il possesso della parte posseduta divisamente, egli non cessa di essere compossessore delle parti detenute dagli altri socii, e che costoro nelle parti tolta al socio discacciato perdono parzialmente il possesso in misura e proporzione corrispondente alla loro parte ideale sul tutto. E ciò per il principio che nel compossesso havvi una vicendevole rappresentanza tra i compossessori; che la parte ideale si comprende in ogni singola frazione del tutto; e che il possesso *pro diviso* è nel proprio e nel-

l'interesse degli altri compossessori, di che si tien conto nel conguaglio dei vantaggi economici e delle quote nella divisione definitiva.

Il compossesso può perdersi da un solo dei compossessori senza che gli altri cessino di compossedere. Volontariamente si perde coll'abbandono e derelizione della parte ideale sulla cosa comune. Contro il proprio volere si perde allorquando il deiciente ha l'animo e l'intenzione di escludere costui dal possesso, di acquistarne la quota, pur rispettando negli altri compossessori la loro signoria di fatto sulla cosa. Il che è facile a concepirsi nel caso che il compossessore deietto eserciti la detenzione nell'interesse di tutti, e il deiciente vi subentri coll'animo di possedere per se nel posto del deietto, e possedere per gli altri, quanto alla loro quota ideale. Non ci sembra esatta quindi la dottrina del Mayns, secondo la quale l'espulso si conserva nel possesso, nel caso che, mentre egli è discacciato, gli altri compossessori vi si mantengono ¹. Qui è l'errore di base che ricorre, viene a dire, quello dell'indivisibilità del possesso in parti ideali; onde nel possesso comune deve questo perdersi o per intero o niente, e concorrere il volere di tutti nella trasmissione, come la deiezione di tutti nella perdita.

Il compossessore può perdere il possesso della sua parte col rompersi l'accordo e l'armonia dei soci, di guisa che uno, o più vogliano dal compossesso escludere uno o più compossessori. Si ripristina la lotta dei voleri, e soccombe il deietto.

¹ § 87, nota 32.

VII.

La difesa interdittale che appartiene al possessore deve eziandio competere ai compossessori, ed a questi nel doppio rapporto, cioè, nel rapporto cogli estranei e nel rapporto tra loro. Nel rapporto cogli estranei i compossessori difendono il tutto o la parte, a secondo che del tutto o della parte abbia avuto luogo la turbativa o la deiezione. E per la rappresentanza, l'uno dell' altro, nel possesso *pro diviso*, ciascuno dei compossessori esercita, nel comune interesse, la difesa della parte posseduta *pro diviso* da uno dei socii. Nei rapporti esterni ogni compossessore rappresenta la difesa del tutto, e la difesa della parte. Ciascuno difende per se e come rappresentante degli altri, al pari che per se, e nell' altrui rappresentanza insieme, possiede la cosa.

Quanto ai rapporti interni dei compossessori tra loro, non può revocarsi in dubbio che ciascuno dei compossessori abbia la difesa possessoria contro dell' altro ¹. Finchè dura l' accordo del comune consiglio havvi lo stato pacifico e tranquillo del compossesso. Ma quando i voleri rompono l' armonia e l' uno vuol l' altro soverchiare ed escludere, si apre la lotta, che deve essere ricomposta colla difesa del compossesso, di maniera che il compossessore sia tutelato contro la turbativa del socio, e reintegrato nel possesso.

Le fonti parlano di questa difesa relativamente alla comunione: il socio può vietare all' altro socio di fare nel fondo comune cosa che pregiudichi al suo diritto. L'*actio communi dividundo* è l'azione generale che conduce tanto allo scioglimento della società, quanto alla com-

¹ Vedi Windscheid § 152, n. 12.

posizione delle divergenze insorte fra soci durante la comunione. Rispetto al compossesso, allorquando è di mala fede, non puossi ricorrere al rimedio dell'*actio communi dividundo*. Il compossesso, al pari che il possesso, non genera un'azione; ma solo una difesa del rapporto di fatto garantita dal magistrato. Però si possono al compossessore accordare quei rimedi pretori, che, oltre all'*actio communi dividundo*, si accordano ai soci nella comunione, viene a dire, la difesa degli interdetti.

E il diritto alla difesa interdittale è sufficientemente adombrato dal giureconsulto, allorchè dell'*interdictum uti possidetis* scrive: *hoc interdictum locum habet sive quis totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte, sive pro indiviso possideat* ¹. La quale ultima espressione, d'incircoscritto significato, si riferisce alla difesa del compossesso tanto nei rapporti esterni, quanto in quelli tra i compossessori.

E abbraccia il compossesso, relativamente all'*interdictum quod vi et clam*, il seguente frammento:

Si ex sociis communis fundi unus arbores succiderit, socius cum eo hoc interdicto experiri potest, cum ei competat cui interest ².

L'interdetto *quod vi et clam* appartiene a tutti coloro che vi hanno interesse; dunque compete anche al socio. È questo il concetto di Ulpiano; quindi può l'interdetto esperirsi dal compossessore, tutte volte che vi abbia interesse.

Così anche rispetto all'*interdictum uti possidetis* è chiaro il seguente frammento:

Si vicinus meus in pariete meo tectoria habeat, et in pariete suo, uti possidetis nihi efficax est, ut ea tollere compellatur ³.

¹ L. 1, § 7, D. uti possidetis XLIII, 17.

² L. 13, § 3, D. quod vi aut clam XLIII, 24.

³ L. 3, § 9, D. uti possidetis cit.

E siam di avviso che una dimostrazione diretta della difesa del compossesso nei rapporti dei compossessori possa ricavarsi dai due seguenti paragrafi di Ulpiano:

§ 4. *Inter praedones autem hoc iudicium (communi dividundo) locum non habet, nec si praecario possideant locum habebit, nec si clam*—§ 5. *Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non deberi hoc iudicium dari, nec post annum quidem; quia placuit etiam post annum in eum qui vi deiecit interdictum reddi. Et si praecario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudicium; quia et de praecario interdictum datur. Sed et si clam dicatur possidere qui provocat, dicendum esse, ait, cessare hoc iudicium; nam de clandestina possessione competere interdictum inquit*¹.

Nel primo paragrafo Ulpiano dice che fra predoni non trova luogo il *iudicium communi dividendo*, sia che possiedano violentemente, sia clandestinamente. Ma i possessori di mala fede tuttavia possiedono. Quindi se si elimina tra i predoni il rimedio giuridico dell'*actio communi dividundo*, per dirimere le controversie insorte, non sono esclusi i rimedi pretorî e interdittali.

Nel secondo paragrafo il giureconsulto provvede al caso che uno dei soci provochi il socio possessore; e costui opponga al provocante il suo possesso di mala fede, *vi, clam, praecario*. In questo caso più non ha luogo l'*actio communi dividundo*, ma gli analoghi interdetti *de vi, de praecario, de clandestina possessione*. Dunque, se tra i soci, l'uno di buona l'altro di mala fede, i rapporti di possesso si regolano cogl'interdetti, del pari cogl'interdetti sono regolati i rapporti tra i soci di mala fede, tra i *praedones*. Fra costoro quindi validamente si esperiscono gl'inter-

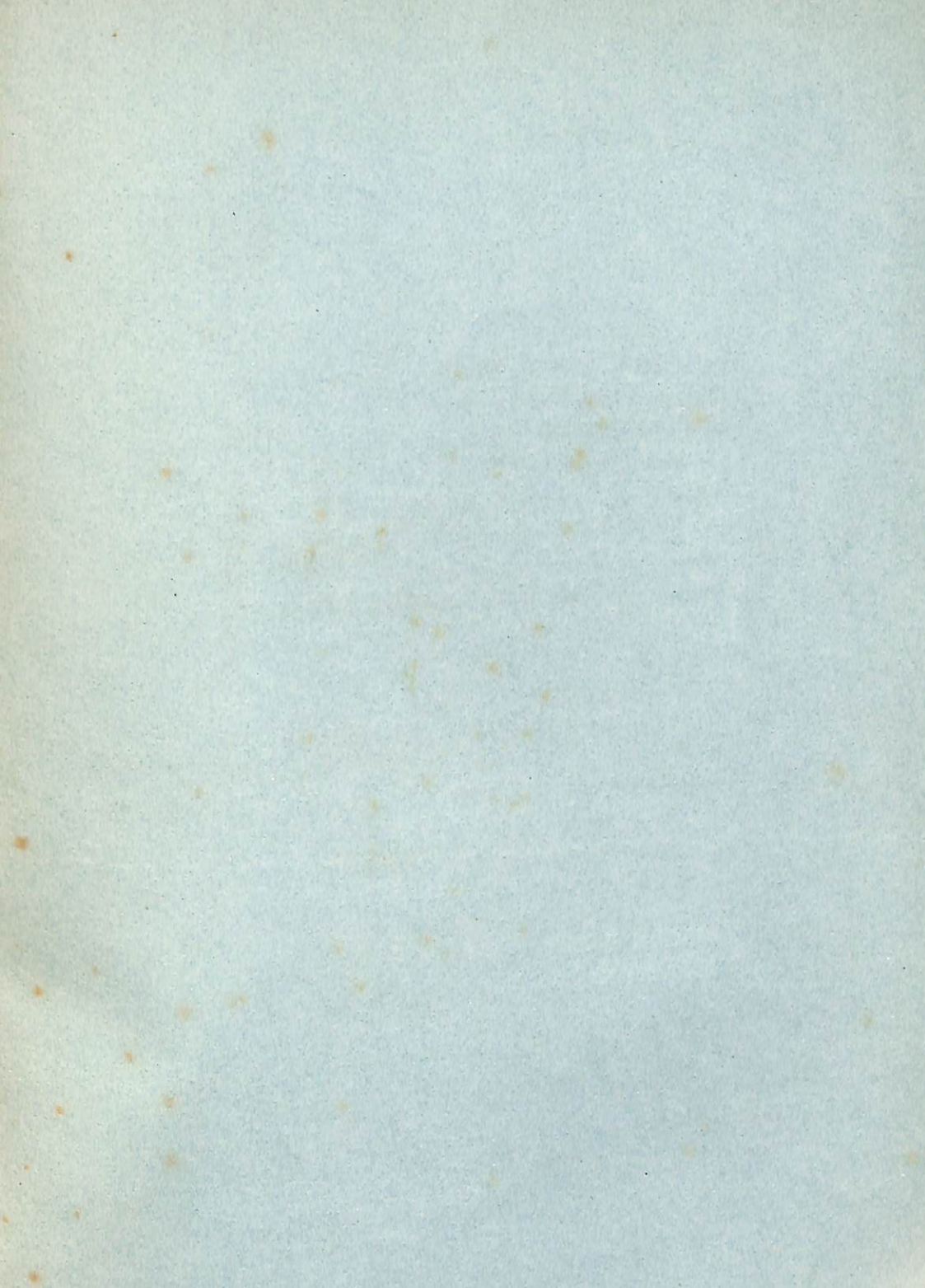
¹ L. 7, §§ 4, 5, D. comm. divid. X, 3.

detti *uti possidetis, de vi, de praecario, de clandestina possessione*. I quali rimedi nel possesso di buona fede, nella comunione, si compenetrano *coll'actio communi dividundo*, come azione generale, che d'altronde non esclude i mezzi pretorî. Nell'applicazione di quest'ultimi non havvi differenza tra comunione e compossesso.



115475

A. BRINDA. E. C. MILLER



OPERE DELLO STESSO AUTORE

Tesi delle Istituzioni di diritto romano.—Un volume in 8° pag. 215. Napoli 1869. Edizione esaurita.

Trattato storico della Procedura civile Romana.— Un volume in 8° pag. 366. Palermo 1873. Pedone-Lauriel Editore L. 6

Istituzioni di Diritto Romano comparato al diritto civile patrio.—Uscito il primo volume in 8° pag. 313. Napoli tipografia Androsio 1873 L. 5

Concetto del Diritto di pegno, secondo il diritto romano.—Un volume in 8° pag. 138. Palermo tipografia Michele Amantia 1878 L. 4

In corso di pubblicazione

Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche.— Lezioni dettate nella R. Università di Palermo.

Di prossima pubblicazione

Istituzioni di diritto romano vol. 2.°

Dell'azione pregiudiziale.